

BR 2012/127

Geen aanbestedingsplicht bij besluit tot vestiging van een apotheek: opdracht, concessie of verlenen van een exclusief recht?

Rb. Assen 30-05-2012, ECLI:NL:RBASS:2012:BW7185, m.nt. A. Drahmann

Instantie

Rechtbank Assen

Datum

30 mei 2012

Magistraten

Mrs. A.H.J. Lennaerts, J.L. Boxum en W.P. Claus

Zaaknummer

77606 - HA ZA 10-68

Noot

A. Drahmann

LJN

BW7185

Vakgebied(en)

Bouwrecht (V)

Ruimtelijk bestuursrecht / Ruimtelijke ordening

Aanbestedingsrecht (V)

Brondocumenten

ECLI:NL:RBASS:2012:BW7185, Uitspraak, Rechtbank Assen, 30-05-2012

Wetingang

(art. 1 Bao)

Essentie

Geen aanbestedingsplicht bij besluit tot vestiging van een apotheek: opdracht, concessie of verlenen van een exclusief recht?

Samenvatting

De rechtbank volgt de gemeente in haar opvatting dat (een eventuele beslissing van het gemeentebestuur ter zake) vestiging van apotheken in Kloosterveste geen overheidsopdracht als bedoeld in de aanbestedingsregels kan worden geacht. Weliswaar heeft een gemeente uitdrukkelijk een taak op het gebied van de volksgezondheid, doch ingevolge de vigerende wetgeving betreft dit niet de vestiging van apotheken. Apotheken bedienen particulieren en verlenen als zodanig geen dienst aan de gemeente. Het verstrekken van medicijnen en advies aan de gemeente Assen is niet wat de gemeente Assen met haar bemoeienis met het gezondheidscentrum in Kloosterveste beoogde. Op grond van geldende aanbestedingsregels behoeft de gemeente derhalve geen aanbesteding of tender te houden. (...) Meer in het bijzonder brengt de omstandigheid dat de gemeente in de beginperiode een tender voor de vestiging van een supermarkt heeft georganiseerd, niet mee dat de gemeente een aanbesteding voor de apotheek organiseert. Het gelijkheidsbeginsel, noch enig ander algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, strekt zo ver dat de gemeente daarna nog gehouden kan worden geacht een aanbesteding voor een apotheek te organiseren.

Uitspraak

(...)

2.1.

[X] heeft een apotheek in de gemeente Assen.

2.2.

De gemeente Assen heeft in de negentiger jaren plannen ontwikkeld voor een groot nieuwbouwproject, Kloosterveen genaamd. Daarvoor heeft zij een aanbesteding georganiseerd met als uiteindelijk overgebleven projectontwikkelaar BAM Vastgoed BV.

2.3.

Onderdeel van de nieuw te bouwen wijk zou een centrum zijn, met daarin onder meer winkels en voorzieningen voor de wijkbewoners. Dit centrum zou (en is later) Kloosterveste gaan heten.

2.4.

Eén van de beoogde voorzieningen in Kloosterveste was een gezondheidscentrum: een (deel van een) gebouw met daarin opgenomen geïntegreerde eerstelijnszorg op één plek. In dit centrum dienden naast huisartsen maatschappelijk werk, fysiotherapie, een apotheek en integrale thuiszorgteams gehuisvest te zijn.

2.5.

In die periode is het initiatief genomen tot de oprichting van het gezondheidscentrum in de wijk. De gemeente had hierin, zo blijkt uit de zich in het dossier bevindende stukken, een initiërende, sturende en coördinerende rol. In dit verband is in 1999 de Stichting Eerstelijnsvoorzieningen Kloosterveen (hierna: STEK) opgericht, die zich voor de realisatie daarvan verantwoordelijk heeft gesteld. De leden van het bestuur van de stichting waren vertegenwoordigers van de eerstelijns gezondheidszorgaanbieders in de regio en het Patiënten Platform Drenthe. De intentie van STEK was om als STEK de apotheek te gaan runnen met apothekers in dienst van STEK. Dit was in overeenstemming met wat de gemeente voorstond. De gemeente heeft onder meer f 10.000,00 aan STEK verstrekt voor 'aanloopkosten' van het gezondheidscentrum.

2.6.

STEK heeft eerst haar intrek genomen in een noodgebouw van de gemeente. De nieuwbouw voor het gezondheidscentrum zou worden gerealiseerd op grond die ook eigendom van de gemeente was, met de intentie van de gemeente om deze later te verkopen aan een commerciële partij.

2.7.

Het gezondheidscentrum in het noodgebouw is geopend op 1 januari 2002. STEK is nimmer huurder geworden, zij heeft het gebouw van de gemeente om niet ter beschikking gekregen. STEK heeft drie huisartsen en de andere medewerkers van het gezondheidscentrum in dienst genomen.

2.8.

STEK heeft besloten om een overeenkomst te sluiten met een of meer apothekers uit de regio om voor de eerste jaren nabij de huisartsen een uitdeelpost voor medicijnen te bemensen. Aanvankelijk was er sprake van deelname door alle apothekers maar na een evaluatie bleek dat er te weinig omzet was voor een deel van hen. Dit heeft geleid tot een overeenkomst met uitsluitend nog de Assense apothekers [X] (eiseres) en [Y]. Daarvan is een niet gedateerde akte opgemaakt. In die akte staat onder meer:

"zodra het gezondheidscentrum Kloosterveen 5000 patiënten heeft ingeschreven zal een apothekersfunctie worden toegevoegd met een apotheker in loondienst. Tot die tijd zullen de apothekers in Assen verantwoordelijk zijn voor de medicijnenverstrekking middels een servicepunt in het gezondheidscentrum".

De apothekers betaalden geen huur of enige andere vergoeding aan STEK.

2.9.

De gemeente heeft de plaats waar het (definitieve) gezondheidscentrum moest komen ingetekend in de plankaarten voor Kloosterveste, onderdeel van het bestemmingsplan voor Kloosterveen. Voor een andere dienst of dienstverlener op het gebied van de gezondheidszorg dan het gezondheidscentrum, werd planologisch geen mogelijkheid geschapen.

2.10.

In Kloosterveste moesten ook winkelveorzieningen komen, waaronder een supermarkt. De gemeente heeft daartoe een zogeheten 'tender voor de tijdelijke vestiging van de supermarkt' gehouden. Er is een procedure georganiseerd bij notaris

Tijdhof met als uitslag dat Ahold/Albert Heijn het hoogste bod heeft uitgebracht voor het recht op een supermarktvestiging.

2.11.

De gemeente heeft in juni 2005 de grond voor de Kloosterveste in eigendom overgedragen aan BAM Vastgoed onder een ontbindende voorwaarde. Volgens de planning zou de bouw van Kloosterveste, met daarin het gezondheidscentrum, in 2005 worden voltooid. Deze planning is niet gehaald.

2.12.

In of rond die tijd voltrok zich een niet voorziene ontwikkeling. Op landelijk niveau werd een beleidswijziging in de zorg doorgevoerd die leidde tot het op termijn beëindigen van de subsidiëring van gezondheidscentra met loondienstverbanden. Er moest meer marktwerking komen. Voor STEK betekende dit dat een substantiële inkomensbron zou wegvallen (afgebouwd tot 1 januari 2009). In 2005 ontving zij nog een subsidie van € 106.184,00. STEK heeft getracht op andere wijze in dit gat te voorzien. Dat is mislukt.

2.13.

STEK heeft, na ingewonnen advies en overleg met de gemeente, in 2006 besloten dat vrijgevestigde ondernemers moeten worden toegelaten. In de eerste plaats is beslist dat de huisartsen de praktijk in maatschapsverband zouden mogen voortzetten. Dat is vervolgens gerealiseerd per 1 april 2008. In de tweede plaats is beslist dat STEK met betrekking tot de andere gezondheidszorgaanbieders kiest voor de aanbieders met het grootste aantal klanten in Kloosterveen.

2.14.

De apotheker met het grootste marktaandeel was [Y]. Deze had gedurende het bestaan van het uitgiftepunt meer klanten weten te krijgen dan [X].

2.15.

Bij brief van 23 oktober 2006 heeft STEK de (in rechtsoverweging 2.8 genoemde) overeenkomst met [X] opgezegd per 1 januari 2008. Ook met [Y] is de toen bestaande overeenkomst opgezegd. Begin november 2006 is er een gesprek geweest tussen [X] en STEK. In dat gesprek heeft STEK meegedeeld dat er voor was gekozen in de toekomst verder te gaan met [Y], maar dat het ook mogelijk was dat [Y] en [X] samen de apotheek zouden gaan exploiteren. Dat is tussen [Y] en [X] besproken, doch dit heeft niet tot overeenstemming geleid. Na kennisneming van dit resultaat heeft STEK besloten om in zee te gaan met [Y].

2.16.

[Z], voormalig vennoot van [X], heeft vervolgens een kort geding aangespannen tegen STEK omdat [X] ook in aanmerking wilde komen voor de exploitatie van de apotheek. De opzegging moest worden ingetrokken en de overeenkomst nageleefd. [Z] is niet-ontvankelijk verklaard.

2.17.

Eind 2007 heeft [X] de gemeente om bouwvergunning verzocht voor een tijdelijke vrij gevestigde apotheek, in aanloop naar een apotheek in Kloosterveste. Bij besluit van 13 december 2007 is dit geweigerd. De tegen de weigering ingebrachte bezwaren zijn bij besluit van 24 juni 2008 ongegrond verklaard.

2.18.

Eind 2007 heeft STEK besloten zichzelf op te heffen. [X] heeft het uitgiftepunt toen verlaten, [Y] is gebleven.

2.19.

[Y] heeft zich in Kloosterveen gevestigd als Service Apotheek Kloosterveen B.V., opgericht bij notariële akte van 19 juni 2008, met medeneming van de klanten die waren verworven in de tijd van het uitgiftepunt in het noodgebouw.

2.20.

STEK is failliet verklaard op 14 juli 2009. Zij had toen geen personeel meer in dienst en verhuurde niets meer.

(...)

4. De beoordeling

4.1.

De rechtbank zal eerst de vraag bespreken of op grond van aanbestedingsregels of anderszins een aanbesteding dient te worden gehouden voor de vestiging van een vrije apotheker. Daarna zal aan de orde komen of [X] schade heeft geleden door, naar gesteld, onrechtmatig handelen van de gemeente.

4.2.

Naar het oordeel van de rechtbank is de gemeente noch op grond van aanbestedingsregels noch anderszins gehouden een aanbesteding te organiseren voor de vestiging van een apotheek. Daartoe wordt als volgt overwogen.

4.3.

Geldende aanbestedingsregels zijn neergelegd in het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (hierna: BAO). Het BAO is een implementatie van de Europese Aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG. Uitgangspunt van de richtlijn en het BAO is dat een aanbestedingsprocedure een inkoopproces is, waarbij de aanbestedende dienst zijn behoefte definieert, zodat de markt een bij die behoefte aansluitend aanbod kan doen. Anders gezegd: de Richtlijn en het BAO bestrijken niet de behoeften van marktpartijen, maar beperken zich tot behoeftes van overheidsdiensten. Aanbestedingen betreffen dan ook voorgenomen overheidsopdrachten voor werken, leveringen of diensten aan die overheid bij de uitvoering van haar taak.

4.4.

De rechtbank volgt de gemeente in haar opvatting dat (een eventuele beslissing van het gemeentebestuur terzake) vestiging van apotheken in Kloosterveste geen overheidsopdracht als bedoeld in de aanbestedingsregels kan worden geacht. Weliswaar heeft een gemeente uitdrukkelijk een taak op het gebied van de volksgezondheid, doch ingevolge de vigerende wetgeving betreft dit niet de vestiging van apotheken. Apotheken bedienen particulieren en verlenen als zodanig geen dienst aan de gemeente. Het verstrekken van medicijnen en advies aan de gemeente Assen is niet wat de gemeente Assen met haar bemoeienis met het gezondheidscentrum in Kloosterveste beoogde. Op grond van geldende aanbestedingsregels behoeft de gemeente derhalve geen aanbesteding of tender te houden.

4.5.

Naar het oordeel van de rechtbank is er ook geen andere rechtsgrond voor een gehoudenheid van de gemeente om een aanbesteding of tender te organiseren.

Meer in het bijzonder brengt de omstandigheid dat de gemeente in de beginperiode een tender voor de vestiging van een supermarkt heeft georganiseerd, niet mee dat de gemeente een aanbesteding voor de apotheek organiseert. Het gelijkheidsbeginsel, noch enig ander algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, strekt zo ver dat de gemeente daarna nog gehouden kan worden geacht een aanbesteding voor een apotheek te organiseren.

(Enz., enz., Red.)

Noot

Auteur: A. Drahmnn^[1]

Noot

1.

Deze uitspraak is het signaleren waard omdat het gaat over de vraag of een gemeente een aanbesteding moet organiseren als zij bepaalt dat zich maar één apotheker mag vestigen op grond die in eigendom is (of is geweest) van de gemeente. Kort samengevat (en gesimplificeerd) heeft het geschil betrekking op het volgende. De gemeente Assen realiseert een nieuwbouwproject. Onderdeel van dit project vormt de bouw van één gezondheidscentrum. In de aanloop tot de nieuwbouw vestigen twee apothekers zich in een tijdelijke noodbouw. Stichting STEK en de gemeente besluiten dat de aanbieder met het grootste aantal klanten zich in de nieuwbouw mag vestigen. De apotheker die moet verdwijnen is het hier niet mee eens en betoogt in deze procedure bij de rechtbank dat er een aanbestedingsprocedure georganiseerd had moeten worden.

2.

De rechtbank kijkt voor het aanbestedingsrecht naar het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) en

neemt als uitgangspunt dat 'een aanbestedingsprocedure een inkoopproces is'. De vestiging van apotheken is volgens de rechtbank geen overheidsopdracht, omdat de vestiging van apotheken geen gemeentelijke taak is: apotheken bedienen particulieren en verlenen geen dienst aan de gemeente. Deze overweging roept vragen op, want met eenzelfde redenering is weinig meer aanbestedingsplichtig: een snelweg wordt niet bereden door Rijkswaterstaat zelf, maar door particulieren en dus zou de aanleg van een nieuwe snelweg niet meer aanbestedingsplichtig zijn? Het zou mijns inziens zorgvuldiger zijn om te stellen dat de tegenprestatie aan de apotheker (de betaling voor de medicijnen) wordt geleverd door de klanten (particulieren) en niet door de gemeente en dat er hierdoor geen bezwarende titel is zoals vereist is voor een overheidsopdracht als bedoeld in art. 1 Bao. Ik verwijst naar Parlevliet die in zijn 'Kroniek van het Aanbestedingsrecht' (BR 2012/63) nader ingaat op het begrip overheidsopdracht, waaronder de bezwarende titel en het rechtstreeks economisch belang.

3.

Opvallend is dat in de uitspraak met name ingegaan wordt op de aanbestedingsplicht voor overheidsopdrachten. De vraag of sprake zou kunnen zijn van een concessie komt in het oordeel van de rechtbank niet aan de orde. Ook voor concessieovereenkomsten kan een 'aangebestedingsverplichting light' gelden. Art. 1 Bao definieert een concessieovereenkomst voor diensten als een 'overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor diensten met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de te verrichten diensten bestaat uit het recht de dienst te exploiteren, al dan niet gecombineerd met een prijs'. Is in dit geval niet verdedigbaar dat de gemeente feitelijk een (exploitatie)recht heeft verleend aan apotheker Y om apothekersdiensten te verrichten?

Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie moeten, hoewel concessieovereenkomsten voor openbare diensten zijn uitgesloten van de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen, aanbestedende diensten niettemin de fundamentele regels van het VWEU in acht nemen. Deze regels omvatten onder meer de beginselen van gelijke behandeling en transparantie. Het transparantiebeginsel houdt in dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de dienstenconcessie voor mededinging openstaat en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst (o.a. HvJ EU 13 september 2007, BR 2008/29, m.nt. A.E. Broesterhuizen). Apotheker X zou kunnen betogen dat op grond van deze jurisprudentie de dienstenconcessie voor mededinging open had moeten staan. Ik betoog hier niet dat een dergelijk beroep zou moeten slagen. Daarvoor is meer kennis van de feiten nodig dan uit de uitspraak blijkt. Onder meer is onduidelijk of er wel een exploitatierisico wordt overgedragen (wie draagt het financiële risico van de exploitatie?), wat de exacte rolverdeling was tussen de gemeente, STEK en de projectontwikkelaar (wie is de aanbestedende dienst?), welke eisen de gemeente heeft gesteld aan apotheker Y (naast het criterium van het grootste aantal klanten), op welke grondslag de gemeente een 'recht' zou kunnen creëren en vervolgens overdragen en of er wel sprake is van een grensoverschrijdend belang. Ik vind het wel jammer dat deze vragen niet in deze uitspraak worden beantwoord.

4.

Naast de hiervoor genoemde jurisprudentie over concessieovereenkomsten, zou ook aansluiting gezocht kunnen worden bij jurisprudentie over de verlening van exclusieve rechten. Uit onder meer het *Betfair*-arrest (HvJ EU 3 juni 2010, AB 2011/17, m.nt. A. Buijze, zie tevens D. van Tilborg, 'Schaarste en mededinging bij gronduitgiftes en ander privaatrechtelijk handelen door gemeenten', BR 2012/31) volgt dat de transparantieverplichting een dwingende prelabelle voorwaarde is 'van het recht van een lidstaat om aan één ondernemer het exclusieve recht te verlenen om een economische activiteit te verrichten, ongeacht de wijze van selectie van deze ondernemer. Een dergelijke verplichting dient ook toepassing te vinden in een systeem waarin de autoriteiten van een lidstaat in het kader van de uitoefening van hun overheidsbevoegdheden aan één enkele ondernemer vergunning verlenen, aangezien de gevolgen van een dergelijke vergunning jegens in andere lidstaten gevestigde ondernemingen, die mogelijk geïnteresseerd zouden zijn in het verrichten van deze activiteit, dezelfde zijn als die van een concessieovereenkomst voor diensten'. Ook voor de verlening van een exclusief recht kan dus een 'aangebestedingsverplichting light' gelden.

Een relevante vraag in deze procedure is dus niet alleen of sprake is van een overheidsopdracht, maar ook of de gemeente Assen een exclusief recht heeft verleend aan apotheker Y en of dit tot gevolg heeft dat het transparantiebeginsel in acht genomen had moeten worden. Deze vragen worden in de uitspraak niet beantwoord. Bovendien roepen deze vragen weer andere vragen op. Deze vragen zijn deels dezelfde als voor de vraag of sprake zou kunnen zijn van een concessie. In aanvulling daarop is interessant hoe de verlening van exclusieve rechten dan vormgegeven zou kunnen worden. Bij overeenkomst via het eigendomsrecht van de gemeente (waarbij de eigendomsoverdracht aan de ontwikkelaar een extra complicerende factor is)? Of bij de totstandkoming van het bestemmingsplan (die immers ook maar één apotheek mogelijk maakt)? Of bij gemeentelijk besluit (bijv. via een verordening, vgl. de vergunningen die de burgemeester verleent op grond van de Wet op de kansspelen of de standplaatsvergunning op grond van een marktverordening)?

5.

Ten slotte is aardig om te vermelden dat de gemeente Assen wel een tender heeft georganiseerd voor de vestiging van een

supermarkt. Het oordeel van de rechtbank dat dit niet betekent dat op grond van het gelijkheidsbeginsel ook voor de vestiging van een apotheek een tender georganiseerd zou moeten worden, lijkt mij correct. Wel kan men zich afvragen waarom de gemeente voor de selectie van een supermarkt wel een tender heeft georganiseerd, maar voor de selectie van een apotheker niet. In beide gevallen wil de gemeente het aantal aanbieders beperken en (naar ik hoop) de 'beste' aanbieder selecteren. Op deze feitelijke vraag wordt in de uitspraak geen antwoord gegeven.

6.

Het gaat het bestek van deze annotatie te buiten om op de hiervoor gestelde vragen ook een antwoord te geven. Daarom zal op korte termijn in dit tijdschrift een artikel verschijnen waarin een poging wordt gedaan de in deze noot gestelde vragen te beantwoorden. Ook is het afwachten of apotheker X in hoger beroep gaat en het hof de gelegenheid krijgt om zich over deze vragen te buigen.

Voetnoten

[\[1.\]](#)

Annemarie Drahmann is promovenda aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden en senior Professional Support Lawyer bij Stibbe.